

# 刑法篇

主筆人：林台大

## 壹、前言

針對國家考試刑法科目的準備，除了熟知相關實務見解之外，對於各家學說能否融會貫通亦屬重要的能力。若欲了解學說見解關注的重要議題，最好的方式就是觀察近年的法研所考題，因此，本文將針對 2014 年台灣大學、政治大學、台北大學、東吳大學、成功大學、中正大學各校法研所入學考試中的刑法考題，就較為重要的爭點作學說與實務見解的分析，祈能對各位讀者的學習有所幫助。囿於篇幅所限，只能挑出較具代表性的爭點，亦僅作精要式的整理，關於詳細的論述仍建議閱讀相關文章或判決。

## 貳、重要爭點

### 一、公務員（台灣大學 A 卷第二題、政治大學第二題、東吳大學第三題）

按刑法第 10 條第 2 項，公務員可以分成三種類型：

(一)依法令服務於國家機關而具有法定職務權限：

此類型亦被稱作「**身分公務員**」，關鍵在於法定職務權限之認定，由於是依照公職人員相關任用法律服務於國家機關，職務的認定範圍較廣，不管是公權力事項或是私經濟事項皆可包含在內。

學說上有認為應當排除機械性與勞務性等工作，蓋此類事務的執行者本身並無裁量權，例如：在政府機關服務的工友或是清潔工人等，不具備真正的「權限」，即不應視作刑法上公務員處罰。

(二)依法令從事公共事務而具有法定職務權限：

此類型亦被稱為「**授權公務員**」，關於「公共事務」的認定，實務見解認為從事與公權力有關的行為才是公共事務，而公權力行為是指國家居於統治主體地位，適用公法規定所為的行為，與居於私人地位的私經濟行為有別。

根據這樣的定義，即使處理事務的法源是依法為之，但是事務內容不具有國家基於統治權行使為之的公權力行為屬性時，實務即否定成立刑法上公務員。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

(三)受國家機關依法委託，從事與其權限有關之公共事務：

此類型亦被稱為「**委託公務員**」，受委託事項仍應排除國家居於私人地位一般的私經濟行為，限於在公權力或是具有公權力性質的公共事務始得適用。

學說另有認為不宜在刑法總則定義公務員，而應當回歸個別犯罪規定，當該犯罪侵害法益是人民對公務員身分廉潔性的期待時，應以公務人員任用法之公務員作為定義，蓋此時人民不會對其他人有相同程度的廉潔期待；若是保護法益為依法行政原則時，即應放寬定義，蓋不論是公權力行為或是私經濟行為皆有侵害依法行政原則之可能。

## 二、正當防衛（政治大學第三題、成功大學第三題）

刑法第 23 條乃正當防衛之明文規定，行為人透過防衛來自他人的不法侵害維護自身的利益，即使行為該當犯罪構成要件，仍不受處罰，此乃利益權衡下的結果，根據通說的犯罪三階層理論見解，正當防衛需在構成要件層次之後的違法性層次中檢驗，亦即只有在主客觀構成要件皆該當，才會需要判斷有無阻卻違法事由存在。

正當防衛的基本要件有防衛情狀、防衛行為與防衛意思：

(一)現在不法侵害之「現在性」：

具有現在性的侵害係指「**已經開始，但尚未結束**」的行為，至於開始時點，少數學說認為應以著手階段為準，然而在預備犯的情形即有爭議，多數學說則認為不以此限，至少在預備犯接近著手的階段即可認為侵害業已開始，另有學說採取**有效理論**，只要在可以有效防衛侵害行為的最後時點之前皆可主張正當防衛。

當侵害行為結束後即不得正當防衛，蓋此時僅為報復，但繼續犯在既遂後終了前都可以對其正當防衛，例如：在第 302 條私行拘禁罪的被害人被釋放之前的防衛行為皆可適用。

(二)防衛行為：**適當性與必要性**

適當性是指防衛行為必須是能夠有效達成防衛目的的行為，至於結果是否真的阻止侵害在所不問。必要性是指所有行為人可能採取的有效防衛行為之中，應當選擇對於侵害者傷害最小的手段<sup>註1</sup>，通說認為應

---

<sup>註1</sup>以政治大學第三題為例，甲選擇採取推倒乙的方式阻止他砸電視是不是傷害最小的方式？恐怕就有議論空間，不過解題上要否定必要性的時候，應當另行舉出其他同樣有效但傷害較小的可能手段。

以一般理性第三人的角度判斷是否侵害最小<sup>註2</sup>，至於逃脫等迴避方法不應列入考量，否則將架空正當防衛意旨。

### (三)防衛過當

正當防衛與緊急避難（刑法第 24 條）最大的不同之處在於正當防衛不考慮衡平性，除非是嚴重失衡的狀況，否則被保護的利益不需要顯大於侵害者的利益。

大部分的防衛過當係指逾越必要性的情形，此時無法直接阻卻違法性，但因為行為人的違法性顯然較低，在罪責層次得按刑法第 23 條後段減輕或免除其刑<sup>註3</sup>。

## 三、共同正犯（台灣大學 B 卷第一題、東吳大學第一題）

共同正犯係指具有共同犯罪決意且彼此分擔犯罪行為的多數正犯（刑法第 28 條），大法官釋字 109 號解釋亦承認以正犯之意思事先同謀者亦成立共同正犯的**共謀共同正犯**類型，以下介紹數則共同正犯相關問題：

### (一)共同正犯之逾越

實務見解<sup>註4</sup>認為，共同正犯彼此就意思聯絡之範圍內之行為負全部責任，至於加重結果之發生，則非部分人引起之加重結果皆由全部人共同負責，而是針對個別共同正犯對於加重結果之發生有無預見可能性而定。

由此見解可推知行為人彼此的意思聯絡是共同正犯成立的必要條件，若是個別行為人的行為逾越了其他共同正犯的意思聯絡範疇，此時即屬於「共同正犯之逾越」，除非個別行為人具有預見可能性的情形，否則其他共同正犯不須對逾越意思聯絡的部份負責。

### (二)共同正犯之脫離

共同正犯脫離理論認為，當行為人完全切斷與其他共同正犯之間的物理上與心理上的因果影響力時，此時行為人只需要為切斷時點以前的行為負責，至於切斷時點之後的行為則與該行為人無涉，犯罪著手前脫離的話至多成立預備犯，著手後脫離則按刑法第 27 條判斷是否適用中止犯規定。目前此理論亦漸受到實務所採納。

至於如何判斷個別共犯是否脫離，應視其在犯罪計畫中所扮演的角色

<sup>註2</sup>以成功大學第三題為例，如果甲打了乙的頭就是逾越必要性的防衛行為，但最後還是只打中乙的肩膀，此時在客觀上的判斷仍符合最小侵害手段。

<sup>註3</sup>應注意的是，防衛過當要在罪責層次檢驗，而非視作阻卻違法事由。

<sup>註4</sup>參照 91 年台上字第 50 號判例。

如何，如果只是竊盜計畫中負責開鎖的人，或許只要把開鎖工具帶走並拒絕幫忙開鎖就構成脫離；但如果是犯罪首謀者的地位，應該要達到切斷整個指揮關係甚至讓犯罪計畫失敗才能認定為脫離<sup>註5</sup>。

### (三)相續共同正犯

一般的共同正犯是指事先就有共同決意存在，但在某些情況下，個別行為人可能是在著手後才形成共同正犯關係，此時參與程度與他人不同，應負何種程度責任即有爭議，此即為相續共同正犯的概念。

實務見解原則上肯定相續共同正犯概念，後來加入的行為人只要對先前的行為內容有所認知，也願意承繼實行該行為，此時仍有共同實行犯罪之事實，仍負共同正犯責任，但若是先前行為已經完成而未被加入者所利用之時，該共同正犯即不必為先前行為所負責<sup>註6</sup>。

學說上有認為只要利用既有的法益侵害狀況而實行犯罪，仍屬支配前後整體法益侵害的實現，應成立相續共同正犯；另有認為，當先前行為支配的法益侵害已經完成之時，後續加入的行為人不可能再重複對已經受到終局侵害的法益再侵害一次，故僅能就後來所支配的法益侵害負責，藉此對相續共同正犯過於寬鬆的定義加以限縮。

## 四、加重竊盜罪（台灣大學 B 卷第一題、台北大學第一題、中正大學第二題）

刑法第 321 條為加重竊盜罪，本罪有多款加重事由皆極為重要，本文僅挑出數則問題探討：

### (一)加重事由

本條第 1 款要件過去原為「夜間」侵入住宅，在民國 100 年時已經修法刪除夜間要件，因此只要以侵入住居的方法實行竊盜時即應加重。本條第 4 款規定結夥三人以上犯之，實務認為必須要在場實施之人才可計入，如果只是參與事前謀議的共謀共同正犯則不計入<sup>註7</sup>，另外，無責任能力之人也不算入結夥人數之內<sup>註8</sup>。惟學說有認為責任能力只影響個別行為人的罪責認定，不應適用於竊盜罪加重要件的認定。

### (二)本罪著手

目前學說與實務對於著手的定義尚未統一，有認為是開始實施構成要

<sup>註5</sup>以台灣大學 B 卷第一題為例，乙雖然在竊盜行為著手前就離開現場，但是乙是建議行竊之人，要切斷對於整個竊盜行為的影響力似乎無法僅以離開現場即足。

<sup>註6</sup>參照最高法院 97 年度台上字第 5288 號裁判。

<sup>註7</sup>參照 76 年台上字第 7210 號判例。

<sup>註8</sup>參照 30 年上字第 1240 號判例。

件之行爲，有認爲是依照犯罪計畫對於法益有密接危險之行爲，亦有認爲是使法益侵害風險失控之行爲，實務多數見解認爲開始物色財物才構成竊盜罪著手，學說上亦有認爲行爲人開始將財物置於掌控之中才達到著手階段。

基本上實務見解認爲加重竊盜罪的著手即是竊盜罪的著手行爲，如果只完成加重要件但尚未達到竊盜罪著手的話，仍無法成立加重竊盜罪未遂。學說上有見解認爲，第 1 款侵入住宅與第 2 款毀越門扇與安全設備本身已可獨立成立侵入住居罪或毀損罪，因此應以該侵入或毀越行爲開始時爲加重竊盜罪之著手<sup>註9</sup>。

### (三)競合問題

實務認爲由於基本的竊盜行爲只有一個，所以即使同時成立數個加重要件，例如：攜帶兇器侵入他人住宅行竊的情形，仍僅成立一罪，但是判決主文仍應揭示各加重要件<sup>註10</sup>。

學說上則有認爲第 1、2、3 款此三種類型彼此之間與該三款與其他各款事由之間不具保護法益同一性關係，應論以想像競合。

## 五、強盜罪（台灣大學 B 卷第一題、台北大學第一題、中正大學第二題）

### (一)竊盜轉強盜（犯意變更）

當行爲人原欲實行竊盜行爲，因事跡敗露或其他情事而轉爲以強暴脅迫等手段實行強盜行爲取財時，應如何競合？

多數見解認爲，竊盜未遂與強盜既遂二罪之間屬**不罰前行爲**或是**法條競合**關係，僅論以後者。

另有學說認爲，強盜行爲乃另行起意，新的犯意即屬新的犯罪行爲，應當成立竊盜未遂與強盜既遂之**數罪併罰**。

### (二)強盜罪之結合犯

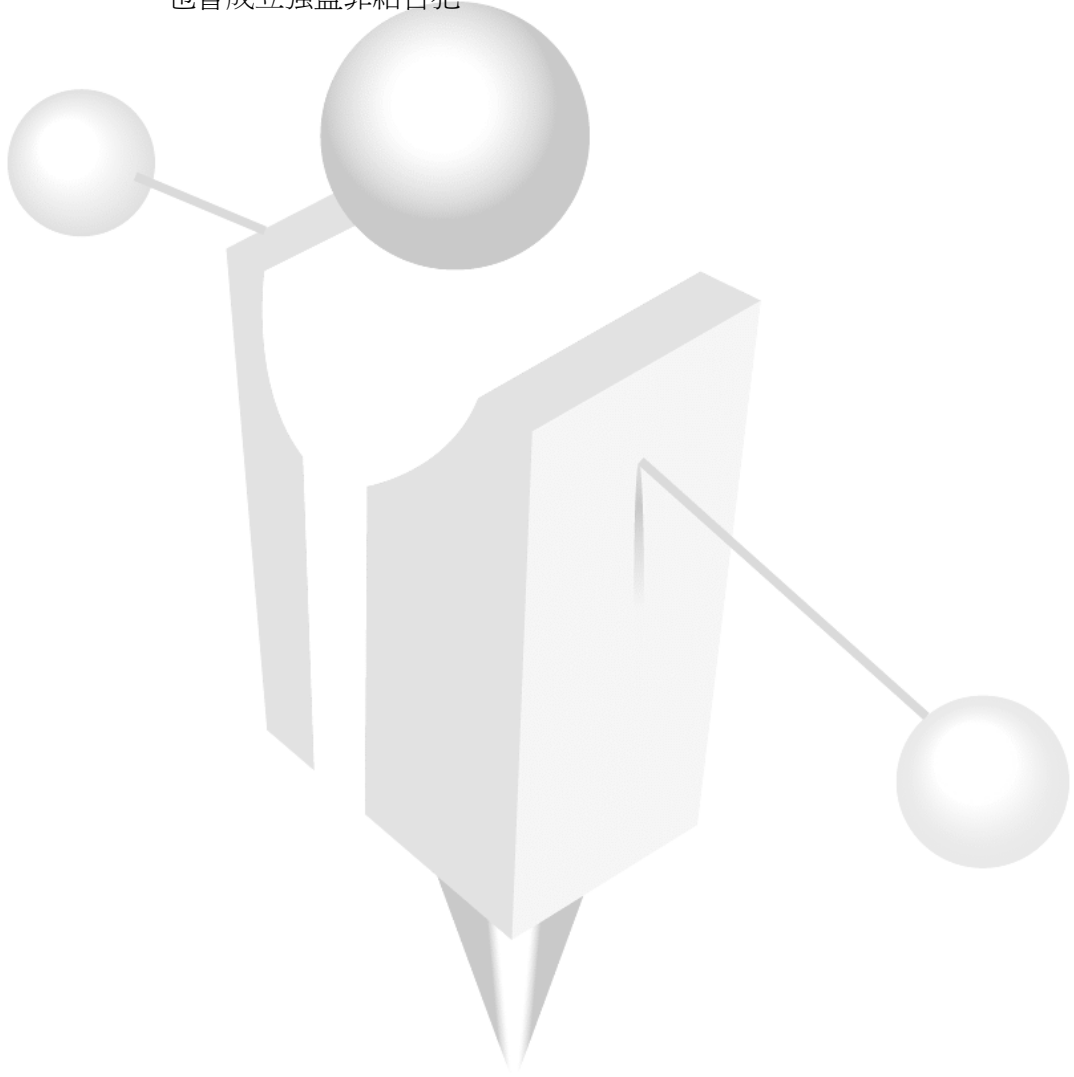
按刑法第 332 條規定，犯強盜罪且有殺人、放火、強制性交、擄人勒贖、使人受重傷時即成立強盜罪結合犯，需注意的是**強盜罪與結合犯罪皆以故意犯罪爲限**，此與加重結果犯有所不同。同時，刑法第 329 條之準強盜罪亦適用於結合犯規定。

由於結合犯是兩個故意犯罪所構成，兩罪之間的犯意聯絡即有爭議：

<sup>註9</sup>以中正大學第二題爲例，甲只有潛入 A 家中，還沒有開始物色財物，未達竊盜罪之著手，然而依照部分學說見解來看，由於甲已經有侵入住居的行爲，該當第 1 款加重要件，此時會成立加重竊盜罪未遂。

<sup>註10</sup>參照 69 年台上字第 3945 號判例。

通說認為行為人就兩個犯罪之間有犯意聯絡即成立結合犯，實務則認為只要兩罪之間具有時間密接性與地點關連性即可，就算是另行起意也會成立強盜罪結合犯。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！